

3
- TRIBUNALE DI MODENA -

Accoglimento parziale del 03/06/2020

RG n. 499/2019

- GIUDICE DEL LAVORO - EST. DOTT. MARTINELLI -

- 03-06-2020 - ORDINANZA EX LEGE N. 92/2012 - R.G. 499/2019

- LAVORO SUBORDINATO - LICENZIAMENTO -

- GIUSTA CAUSA -

- VIOLAZIONE DEI PERMESSI
EX LEGE N. 104/1992

- INADEMPIMENTO -

- INSUSSISTENZA -

- CONSEGUENZE -



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO DI MODENA

TERZA SEZIONE CIVILE

SOTTOSEZIONE LAVORO

ORDINANZA AI SENSI DELL'ART.1, CO. 49, L. 92/2012

Nella causa n. r.g. 499/2019

tra

(C.F. _____), con il patrocinio degli Avv.ti Fiorini Fabrizio

e Annalisa Bova, con domicilio eletto in Modena, via Emilia Est, n. 18

RICORRENTE

e

_____, S.R.L. (C.F. _____), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con il

patrocinio degli Avv.ti Elisa Rossini e Vittorio Lugli, con domicilio eletto in Modena, Corso
Canalgrande, n. 88

RESISTENTE

CONCLUSIONI DELLE PARTI: come in atti.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso *ex art. 1, co. 48, L. 92/2012* depositato in data 22.4.2019 _____ prestatore

di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ha impugnato il licenziamento comminatogli in

data 26.11.2018 dalla datrice di lavoro _____ s.r.l.

Descritte le mansioni cui era adibito nonché la composizione del proprio nucleo familiare, ha

prospettato l'illegittimità del recesso per insussistenza del fatto contestato nella misura in cui vi

è stato, nelle date contestate, effettivo e legittimo godimento di quei permessi *ex art. 33, co. 3,*



L. 104/1992 riconosciutigli dalla società in ragione della necessità di assistere due dei propri figli, portatori di *handicap*.

Con tempestiva memoria si è costituita la società che, ripercorse le vicende lavorative che l'avevano determinata a compiere accertamenti circa l'effettiva e genuina fruizione dei permessi da parte del ricorrente, ha ribadito la sussistenza degli inadempimenti contestati e così la legittimità del recesso.

La causa veniva istruita mediante assunzione della prova ammessa con ordinanza del 25.7.2019. Anche all'esito di un ulteriore scambio di memorie difensive, in ottemperanza a quanto disposto con decreto del 7.5.2020, l'udienza di discussione aveva luogo secondo le modalità previste dall'art. 83, co. 7, lett. h), D.L. 18/2020 e il G.L. ha successivamente pronunciato fuori udienza la presente ordinanza.

Dalla combinata lettura della lettera di contestazione di addebito e di licenziamento si evince che la società si sia determinata a recedere dal rapporto di lavoro in ragione di un prospettato inadempimento del ricorrente, concretatosi nell'impiego secondo mala fede dei permessi riconosciuti *ex art. 33, co. 3, L. 104/1992* per simulate esigenze di assistenza a familiari disabili (v. doc. 9 e 11 memoria difensiva). Inadempimento dipanatosi specificatamente nelle giornate del 14.9; 18.9; 21.9; 25.9; 28.9; 9.10 e 12.10.2018, nel corso delle quali il ricorrente avrebbe approfittato del periodo di sospensione dall'obbligazione lavorativa per svolgere attività personali, sganciate da necessità di assistenza dei due figli disabili minori.

La contestazione circa l'impiego, per quattro volte, dei permessi *de quibus* nelle giornate di venerdì "in prossimità della pausa lavorativa del fine settimana" non è stata richiamata invece nella lettera di licenziamento (cfr. docc. 9 e 11 memoria difensiva).

Parte ricorrente contesta tale ricostruzione e afferma di aver genuinamente usufruito delle giornate di permesso, tanto da aver accompagnato i due figli . . . e . . . presso la scuola " . . . " di . . . nonché presso l'associazione Onlus " . . . " . . .



di (MO) che, nei pomeriggi delle giornate di martedì e venerdì, presta attività ricreativa e di terapia integrata. Afferma poi di avere svolto, nei residui periodi temporali, attività domestiche e ricreative, da intendersi in ogni caso *latu sensu* riferibili ad attività di assistenza.

Alla luce di tali contrapposte prospettazioni il *thema decidendum* ha quindi ad oggetto la verifica, ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, di un legittimo impiego, secondo canoni di proporzionalità e buona fede, dei permessi *ex art. 33, co. 3, L. 104/1992* da parte ricorrente nel corso delle giornate indicate nella lettera di contestazione.

In linea generale ed astratta si precisa che la disposizione in esame ha predisposto un assetto di interessi che contempera le opposte esigenze di assicurare, da un lato, tutela e assistenza alle persone svantaggiate affette da *handicap* grave (rientranti nella ristretta cerchia parentale del prestatore di lavoro) e, dall'altro, l'effettività e la proficuità della prestazione lavorativa, inserita all'interno di un'attività organizzata.

Il riconoscimento di un diritto potestativo a favore del prestatore di lavoro, cui si contrappone una posizione di soggezione da parte del datore di lavoro nella misura in cui viene sacrificato per ragioni di interesse generale il proprio diritto a pretendere la prestazione lavorativa dedotta in contratto, trova così giustificazione laddove l'astensione dal lavoro sia causalmente connessa ad esigenze di assistenza del familiare assistito da *handicap* grave.

Pena altrimenti la possibilità di ravvisare gli estremi di un'ipotesi di abusivo esercizio del diritto, cui può conseguire, per l'ingiustificato sacrificio patito e per il disvalore sociale della condotta, un'irrimediabile lesione del vincolo fiduciario che contraddistingue il rapporto di lavoro.

Abuso del diritto da intendersi quale sviamento funzionale dell'istituto, attraverso un suo esercizio: «*con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al*



fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti» Cass., 15.6.2018, n. 15885).

Circa la correlazione tra assenza dal lavoro e soddisfacimento di bisogni assistenziali nonché la necessità di vagliare il corretto esercizio del diritto riconosciuto dall'art. 33, co. 3, L. 104/1992 alla stregua della *ratio legis* sottesa all'istituto in discussione, si richiama quanto argomentato dalla S.C.: «L'art. 33, comma 3, L. 104/92, come sostituito dall'art. 24, comma 1, lett. a) della Legge 4 novembre 2010, n. 183, anche a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, per la parte che interessa, così detta: "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità..(..)". L'art. 24 della L. n. 183/2010, al comma 1, lett. c), ha aggiunto, all'art. 33 della L. 104/92, il seguente comma 7-bis: "Ferma restando la verifica dei presupposti per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il lavoratore di cui al comma 3 decade dai diritti di cui al presente articolo, qualora il datore di lavoro o l'INPS accerti l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi diritti. Dall'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". 5.1. La *ratio* della norma di cui all'art. 33, comma 3, della Legge n. 104/92 emerge dalla piana lettura del testo normativo. Il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa spetta al "lavoratore dipendente ... che assiste



persona con handicap in situazione di gravità..."; esso è riconosciuto dal legislatore in ragione dell'assistenza, la quale è causa del riconoscimento del permesso. Tale essendo la ratio del beneficio e in mancanza di specificazioni ulteriori da parte del legislatore, l'assenza dal lavoro per la fruizione del permesso deve porsi in relazione diretta con l'esigenza per il cui soddisfacimento il diritto stesso è riconosciuto, ossia l'assistenza al disabile. 5.2. Nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela. Ove il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile manchi del tutto, come nel caso in esame (l'accertamento del giudice di merito ha evidenziato che i permessi erano sistematicamente utilizzati dall'odierna ricorrente per proprie esigenze personali, in situazioni di tempo e di luogo incompatibili con l'espletamento dell'assistenza), non può riconoscersi un uso del diritto coerente con la sua funzione e dunque si è in presenza di un uso improprio ovvero di un abuso del diritto, come già ritenuto da questa Corte in precedenti analoghi. 6. Alla luce dell'orientamento di questa Corte, che si condivide ed al quale si intende dare continuità (Cass. n. 4984/2014, conf. Cass. n. 9217/2016, n. 9749/2016 e n. 8784/2015), il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso ex art. 33 L. n. 104/1992, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi dell'abuso di diritto, giacché tale condotta si palesa, nei confronti del datore di lavoro come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità ed uno



sviamento dell'intervento assistenziale. 7. I permessi devono essere fruiti, dunque, in coerenza con la loro funzione. In difetto di tale nesso causale diretto tra assenza dal lavoro e prestazione di assistenza, devono ritenersi violati i principi di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro (che sopporta modifiche organizzative per esigenze di ordine generale) che dell'Ente assicurativo. Tanto rileva anche ai fini disciplinari, pure a prescindere dalla figura dell'"abuso di diritto, che comunque è stata integrata tra i principi della Carta dei diritti dell'unione europea (art. 54), dimostrandosi così il suo crescente rilievo nella giurisprudenza europea" (Cass. n. 9217/2016)» (Cass., 13.9.2016, n. 17968).

Con riferimento all'esigenza di assistenza – sottesa al riconoscimento del beneficio in discussione – si ritiene che la stessa non debba rivestire necessariamente carattere di continuità ed esclusività.

A conforto dell'assunto si osserva che l'art. 24 L. 183/2010, a novella di quanto disposto dall'art. 33 L. 104/1992 e dall'art. 20 L. 53/2000, ha eliminato l'esistenza di tali due requisiti ai fini della concessione dei permessi *de quibus*.

Tale conclusione ha trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità che, nell'evidenziare i tratti differenziali tra l'istituto oggi in esame e quello previsto dall'art. 42, co. 5, D. Lgs. 151/2001, ha avuto modo di precisare: «*Così sinteticamente premesso il quadro normativo di riferimento erra in diritto la Corte territoriale laddove afferma che, ai fini del congedo straordinario in discorso, "non è richiesta una assistenza personale, continuativa ed ininterrotta" in favore del familiare disabile. Solo ai diversi fini del godimento dei permessi di cui all'art. 33 della I. n. 104 del 1992 il legislatore, dopo aver eliminato il requisito della convivenza (art. 19 I. n. 53 del 2000), ha anche eliminato i requisiti della "continuità" e della "esclusività" dell'assistenza prestata al disabile (art. 24, comma 1, I. n. 183 del 2010, successivamente modificato ex art. 6, d. Igs. n. 119 del 2011). Tale specifica disciplina non è applicabile al diverso istituto del congedo straordinario per il quale non solo è prevista la*



necessità della convivenza ma anche, conformemente al dettato prescritto dall'art. 3, comma 3, l. n. 104 del 1992, che si realizzi «un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione» in favore del disabile» (Cass.,19.7.2019, n. 19580).

Sempre in linea generale ed astratta deve richiamarsi altresì il condiviso principio di diritto secondo cui: *«In materia di licenziamento disciplinare, la "insussistenza del fatto" di cui all'art. 18 st.lav. novellato si configura, ove la contestazione abbia avuto ad oggetto una pluralità di addebiti o un'unica articolata condotta, solo qualora sul piano fattuale possa escludersi la realizzazione di un nucleo minimo di condotta - fra i fatti oggetto di contestazione - di per sé solo astrattamente idoneo a giustificare la sanzione espulsiva» (Cass., 4.6.2018, n. 14192; v. anche Cass., 20.9.2016, n. 18418)*

In altre parole l'ordinamento assicura la tutela reintegratoria di cui all'art. 18, co. 4, L. 300/1970 per "insussistenza del fatto" solamente qualora possa escludersi la realizzazione di un nucleo minimo di condotte che siano astrattamente idonee a giustificare la sanzione espulsiva, o se si realizza l'ipotesi di fatti sussistenti ma radicalmente privi del carattere di illiceità.

Spostando le considerazioni al caso di specie, si osserva che la vicenda si inserisce all'interno di una cornice fattuale non contestata tra le parti.

In particolare non risulta controverso che il ricorrente sia titolare di permessi mensili *ex art. 33, co. 3, L. 104/1992* pari a sei giorni in ragione della necessità di assistere i due figli e

Soggetti affetti da *handicap* e frequentanti, il mattino del lunedì, mercoledì, giovedì e sabato, l'istituto scolastico " " di e anche, nelle giornate del martedì e venerdì (rispettivamente il figlio il martedì dalle ore 9.00 alle ore 17.00 e il venerdì dalle ore 9.00 alle ore 14.30; il figlio il martedì dalle ore 9.00 alle ore 17.00), l'associazione



Onlus “ ” di (a tale ultimo proposito, v. anche la deposizione del testimone).

Parimenti non contestate sono le attività poste in essere dal ricorrente nel corso delle giornate indicate nella lettera di contestazione di addebito.

Proprio a tale riguardo, riferendosi a tutte le date in esame, il testimone (da ritenersi affidabile per lavorare nella struttura di) ha precisato che il ricorrente si è recato presso la struttura “ ” in tali giornate per ivi accompagnare quantomeno uno dei due figli.

Il testimone ha poi precisato che in tali frangenti il ricorrente si intrattiene brevemente con il personale della struttura per uno scambio di opinioni circa le condizioni psico-fisiche della prole.

Alla luce di tale deposizione e di quanto indicato nella stessa lettera di contestazione emerge quindi che il ricorrente, in ciascuna delle date indicate, ha accompagnato almeno uno dei due figli in uno dei luoghi in cui la prole riceve assistenza.

Elemento fattuale che dimostra l'esistenza di un nesso causale tra assenza dal lavoro e attività di accudimento della prole versante in stato di *handicap*.

Tuttavia deve ritenersi che, pur volendo tenere ferma una concezione “lata” di assistenza, non tutte le condotte contestate al ricorrente si pongono in correlazione con i concessi permessi *ex* L. 104/1992.

Ed infatti è pacifico che il ricorrente, tra l'altro: in data 14.9.2018 si sia recato presso la Comunità di Modena, ivi trattenendosi per due ore; parimenti in data 21.9.2018 il ricorrente si è recato presso l' ” di Carpi; in data 25.9.2016 si è trattenuto per un più che apprezzabile lasso di tempo presso un'agenzia immobiliare ed un centro di culto; in data 12.10.2018 si sia recato presso l'azienda la sede territoriale la sede



territoriale , l'ufficio INPS e presso la comunità di Modena, sita in via delle

Si ritiene che tali spostamenti non rientrino nel già riferito concetto “elastico” di assistenza, (v. sul punto anche Cass., 27.11.2018, n. 30676) poiché non sussumibili all’interno di quell’esigenza di accudimento della prole che costituisce l’indefettibile presupposto di legittimo impiego dei permessi riconosciuti dall’art. 33 L. 104/1992. Specialmente là dove si consideri anche che la società resistente già concedeva, in occasione della giornata del venerdì, ai propri lavoratori di fede musulmana, un prolungamento della pausa pranzo per ragioni di culto (v. testimoni e).

Sempre a tale proposito va ribadito quanto condivisibilmente affermato dalla richiamata pronuncia di legittimità del settembre 2016, là dove precisa che « *Nessun elemento testuale o logico consente di attribuire al beneficio una funzione meramente compensativa o di ristoro delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza prestata al disabile. Tanto meno la norma consente di utilizzare il permesso per esigenze diverse da quelle proprie della funzione cui la norma è preordinata: il beneficio comporta un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificabile solo in presenza di esigenze riconosciute dal legislatore (e dalla coscienza sociale) come meritevoli di superiore tutela*» (Cass., 13.9.2016, n. 17968).

In altre parole si ritiene che tali “segmenti” di condotta indicati nella lettera di contestazione di addebito rivestano apprezzabile rilevanza disciplinare nella misura in cui, nel porsi al di fuori di qualsiasi esigenza di accudimento della prole, comportano un ingiustificato sacrificio del datore di lavoro nel mancato godimento della prestazione lavorativa.

La parziale sussistenza (sia sotto un profilo naturalistico che giuridico di rilevanza disciplinare) del fatto addebitato esclude così l’invocata tutela reintegratoria prevista dall’art. 18, co. 4, L. 300/1970 *sub specie* “insussistenza del fatto”.



Per quanto la doglianza sul punto sia davvero breviloquente, contrariamente a quanto prospettato in ricorso, si esclude altresì l'applicabilità della cd. "tutela reintegratoria debole" per l'alternativa ipotesi prevista dall'art. 18, co. 4, L. 300/1970.

Deve osservarsi infatti che l'inadempimento contestato si pone, in linea generale e astratta, in così forte contraddizione con i già esplicitati valori – di rilevanza anche pubblicistica – racchiusi nell'istituto di cui all'art. 33 L. 104/1992 sì da potenzialmente arrecare un'irrimediabile lesione del vincolo fiduciario, frustrato anche – in ottica privatistica – da un ingiustificabile assenza dal luogo di lavoro.

S'impone quindi un giudizio *ex art. 18, co. 5, L. 300/1970* circa la proporzionalità del licenziamento irrogato in rapporto al fatto contestato.

Tenuto conto della sola parziale fondatezza dei fatti costitutivi posti a fondamento del recesso, atteso che la scelta da parte del ricorrente in cui usufruire dei permessi è ricaduta nelle giornate di martedì e venerdì, in cui i figli dovevano recarsi presso la Onlus " ", la cui sede presso il Comune di si trova ad apprezzabile distanza dal luogo di residenza del nucleo familiare () ed il cui raggiungimento è più problematico per la coniuge, sprovvista di patente di guida (v. deposizioni dei testimoni e), si ritiene che la sanzione irrogata non sia proporzionata e adeguata rispetto al parziale inadempimento riscontrato.

In altri termini, all'esito di una valutazione della condotta del ricorrente nei suoi profili sia oggettivi che soggettivi (v. Cass., 23.2.2012, n. 2720), si ritiene che i fatti addebitati di cui è stata accertata la rilevanza disciplinare non integrino la nozione legale di giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. da intendersi quale situazione che incide in maniera tale sul rapporto fiduciario proprio del rapporto di lavoro, da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto medesimo.



Tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, dell'anzianità lavorativa del ricorrente (pacificamente assunto in data 14.6.1999 e licenziato in data 26.11.2018); della realtà aziendale (v. doc. 17 ricorso) e della condizione delle parti, si condanna *ex art. 18, co. 5, L. 300/1970* s.r.l. a corrispondere a un'indennità risarcitoria pari a ventuno mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita.

Attesa la complessità della questione e la reciproca soccombenza, le spese di lite sono compensate nella misura di due terzi.

Il residuo terzo viene posto a carico di parte resistente nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Modena, in funzione di Giudice del Lavoro, così provvede:

- 1) In parziale accoglimento del ricorso, dichiara risolto il rapporto di lavoro intercorso tra le parti con effetto dalla data del licenziamento e condanna *ex art. 18, co. 5, L. 300/1970* s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a corrispondere a un'indennità risarcitoria pari a ventuno mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita;
- 2) Compensate le spese di lite in misura di due terzi, condanna s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a rifondere a il residuo terzo, quantificato in detta frazione in complessivi € 1.600,00, oltre rimborso spese generali in misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

Modena, 3.6.2020

Il Giudice del Lavoro
Dott. Edoardo Martinelli

